

# Ambtshalve toepassing van consumentenrecht: grensbepaling en praktische kwesties

Alain Ancery & Bart Krans\*

## 1 Consumentenbescherming: gevangen tussen theorie en praktijk

In het geheel van EU-rechtelijke regelgeving keert steeds een belangrijke doelstelling terug: het bevorderen van grensoverschrijdende handel. Een belangrijke groep deelnemers op de verschillende Europese markten is de consument. Om de consument te verleiden telkens weer tot aankopen over te gaan, dient hij te weten dat hij wordt beschermd als een product uiteindelijk niet goed blijkt te zijn. Die bescherming gaat overigens verder dan alleen voor gebrekkige producten. De consument zal alleen nog een volgende keer krediet willen aanwenden als daar geen excessieve rente tegenover staat. Hij zal willen dat hij kan procederen voor de hem bekende nationale rechter als er een geschil ontstaat over het door hem gesloten contract en als hij telefonisch wordt benaderd door een verkoper zal hij tijd willen hebben om zich te bedenken. Die bescherming wordt hem ook geboden door Europese richtlijnen, die worden omgezet in nationale wetgeving.

De materieelrechtelijke bescherming die de consument ontvangt in deze richtlijnen kan adequaat zijn. Procesrechtelijk kunnen echter diverse vragen rijzen. Indien het bijvoorbeeld tot een procedure komt waarbij de professionele wederpartij van de consument wel in rechte verschijnt, terwijl de consument dit niet doet, kunnen er naar Nederlands civiel procesrecht problemen ontstaan. Dat heeft te maken met de taakverdeling tussen de rechter en partijen. Partijen leveren immers het feitelijk kader aan, waarop de rechter het

recht toepast. Dat feitelijk kader kan ook wel worden aangeduid als de rechtsstrijd.<sup>1</sup> Alleen de feiten die binnen deze rechtsstrijd vallen, mogen door de rechter worden gebruikt.

## De materieelrechtelijke bescherming die de consument ontvangt in de Europese richtlijnen kan adequaat zijn. Procesrechtelijk kunnen echter diverse vragen rijzen

In veel geschillen tussen consumenten en professionele partijen – de zogenaamde ‘B2C-geschillen’ – beschikt de rechter binnen de rechtsstrijd over te weinig feiten om toepassing te kunnen geven aan consumentenbeschermende bepalingen. Die feiten zijn wel te vinden in het dossier, maar ze worden niet door partijen aangevoerd en vallen dus niet binnen de rechtsstrijd. Buiten de grenzen van die rechtsstrijd mag de rechter zich alleen begeven ter bescherming van de openbare orde. Zo kan de consument dus tussen wal en schip vallen. Hij wordt wel beschermd door rechtsregels, maar hij doet er zelf geen beroep op en voert geen feiten aan die toepassing ervan zouden kunnen rechtvaardigen. Uiteindelijk blijft hij dan onbeschermd achter. Wellicht omdat hij niet weet dat die regels bestaan. Wellicht dat hij in verband met de kosten ervan afziet om in rechte te verschijnen. Procederen is immers bepaald niet goedkoop.

\* Mr. A.G.F. Ancery is gerechtsauditeur bij de Hoge Raad der Nederlanden. Hij schrijft deze bijdrage op persoonlijke titel. Prof.mr. H.B. Krans is hoogleraar Burgerlijk recht en Burgerlijk procesrecht aan de Universiteit Leiden.

1 W. Heemskerk (bew.), *Hugenholtz / Heemskerk. Hoofdlijnen van Nederlands burgerlijk procesrecht*, Dordrecht: Convoy 2015, p. 11-12.

2 Zie voor een overzicht van die arresten: A.G.F. Ancery & C.M.D.S. Pavillon, ‘De rechterlijke lijdelijkheid in rook opgegaan? De amtsshalve toepassing van de consumentenkoopregels nader toegelicht’, *MvV* 2015, p. 244, voetnoot 6. Een recente bijdrage over dit onderwerp komt van A.S. Hartkamp in dit tijdschrift: *HvJ EU* 28 juli 2016, ECLI:EU:C:2016:602, C-168/15, AA 2016, p. 658-664 (AA20160658), (*Pohotovost II*).

3 Met goede reden verscheen in 2014 ‘vanuit’ de rechtspraak een lezenswaardig rapport *Ambtshalve toetsing II. Herzien rapport van de LOVCK-werkgroep* (raadpleegbaar op [www.rechtspraak.nl](http://www.rechtspraak.nl) en verder: *rapport Ambtshalve toetsing II*). In 2010 verscheen een eerdere versie.

Deze lacune in de bescherming van de consument is het Hof van Justitie van de Europese Unie (verder: HvJ) niet ontgaan. In een reeks arresten heeft het HvJ geoordeeld dat nationale rechters gehouden kunnen zijn om nationale wetgeving ter implementatie van Unierecht ambtshalve toe te passen.<sup>2</sup> Dat is voor de praktijk van het rechterlijk werk belangrijke materie.<sup>3</sup> Immers, zonder dat één van partijen het desbetreffende punt met zoveel woorden aanvoert, moet hij daarover een oordeel geven.

## In veel geschillen tussen consumenten en professionele partijen beschikt de rechter binnen de rechtsstrijd over te weinig feiten om toepassing te kunnen geven aan consumentenbeschermende bepalingen

De eerste Europese rechtspraak hieromtrent betrof een afgebakend gebied. De kwestie leek zich aanvankelijk namelijk te beperken tot de Richtlijn oneerlijke bedingen, eigenlijk zelfs slechts tot bepaalde typen bedingen.<sup>4</sup> Inmiddels is wel helder dat de reikwijdte van de materie fors ruimer is.<sup>5</sup> In deze bijdrage gaan we in op de reikwijdte van deze plicht om Europees recht ambtshalve toe te passen en op de betekenis daarvan voor de nationale rechter in eerste aanleg.<sup>6</sup> Daartoe bespreken wij de reikwijdte van de materie (§ 2-4) en een enkele praktische vraag (§ 5).

### 2 Van wellicht een klein beetje, naar veel meer

Het is lang niet meer alleen de nationale wetgeving ter implementatie van de Richtlijn oneerlijke bedingen die de nationale rechter op voet van de rechtspraak van het HvJ ambtshalve moet toepassen. Zo is bijvoorbeeld de Richtlijn consumentenkrediet binnen het bereik van deze ambtshalve toetsing gebracht.<sup>7</sup> In verband met de voormalige Richtlijn consumentenkrediet<sup>8</sup> moet het nationale recht, teneinde een afdoende beschermingsniveau te waarborgen, de nationale rechter in staat stellen de nationale bepalingen die strekken ter omzetting van de voormalige Richtlijn consumentenkrediet ambtshalve toe te passen.<sup>9</sup>

Vanuit EU-perspectief is die stap weinig verbazingwekkend. Waarom zou de nationale rechter wel gehouden zijn uit eigen beweging na te gaan of een beding in algemene voorwaarden oneerlijk is, maar kan hij afzien van het op eigen initiatief toepassen van regels in verband met de Richtlijn consumentenkrediet? Beide soorten nationale regels strekken immers ter omzetting van EU-richtlijnen die gericht zijn op bescherming van consumenten. Het HvJ heeft bovendien ook al geoordeeld dat met de Richtlijn consumentenkrediet een hoog niveau van bescherming wordt nagestreefd.<sup>10</sup> Tegen die achtergrond ligt het voor de hand, indien eenmaal de stap is gezet dat algemene voorwaarden ambtshalve moeten worden beoordeeld, dat ook regels rondom consumentenkrediet ambtshalve moeten worden toegepast. Het valt dan ook goed te begrijpen dat de Hoge Raad eerder dit jaar heeft geoordeeld dat ook nationale bepalingen ter omzetting van de huidige Richtlijn consumentenkrediet ambtshalve moeten worden toegepast omdat doel en strekking van die Richtlijn overeenstemmen met die van haar voorganger.<sup>11</sup>

## Het valt goed te begrijpen dat de Hoge Raad eerder dit jaar heeft geoordeeld dat ook nationale bepalingen ter omzetting van de huidige Richtlijn consumentenkrediet ambtshalve moeten worden toegepast

Ook op het gebied van colportage (buiten verkoopruimten gesloten overeenkomsten) is ambtshalve toepassing aan de orde geweest in Europese rechtspraak.<sup>12</sup> In het arrest *Duarte Hueros/Autociba* heeft het HvJ beslist dat de nationale rechter met inachtneming van het nationale recht al het mogelijke moet doen om de volle werking van artikel 3, lid 5 van de Richtlijn consumentenkoop<sup>13</sup> te verzekeren.<sup>14</sup> Ook in de meer recente, uit Nederland afkomstige, zaak *Faber/Hazet* draait het om consumentenkoop.<sup>15</sup> De op Europese leest geschoeide ambtshalve toepassing betreft dus veel meer dan de Richtlijn oneerlijke bedingen. Gaat het om al het Europese consumentenrecht? Dat is niet zeker, maar het lijkt er wel op dat in elk geval grote delen daarvan onder de reikwijdte van de rechtspraak vallen.<sup>16</sup>

- 4 In HvJ EG 27 juni 2000, C-244/98 (*Océano*) ging het om een forumkeuzebeding (op grond waarvan de consument gedaagd werd in de woonplaats van de professionele eiser in plaats van zijn eigen woonplaats). In HvJ EG 21 november 2002, C-473/00 (*Cofidis*) betrof het een bepaling die impliceert dat een nationale rechter na het verschijnen van een vervaltermijn niet bevoegd is het oneerlijk karakter van een beding vast te stellen.
- 5 Ook helder is dat het niet slechts gaat om een rechterlijke bevoegdheid, maar om een verplichting. Zie over de materie in de reikwijdte ook H.B. Krans, *Nederlands burgerlijk procesrecht en materieel EU-recht*, Deventer: Kluwer 2010, hfst. 5 en A.G.F. Ancery, *Ambtshalve toepassing van EU-recht* (diss. Groningen), Deventer: Kluwer 2012, o.m. par. 10.1.
- 6 Overigens is de materie niet beperkt tot eerste aanleg, zo blijkt uit HR 13 september 2013, ECLI:NL:HR:2013:691, *NJ* 2014/274, m.nt. H.B. Krans (*Heesakkers/Voets*); HR 12 februari 2016, ECLI:NL:HR:2016:236, *AA* 2016, p. 363-370 (AA20160363), m.nt. W.H. van Boom (*Lindorff/Nazier*), en HR 26 februari 2016, ECLI:NL:HR:2016:340. Ook is er in de literatuur al aandacht besteed aan eventuele ambtshalve vernietiging in cassatie (Ancery 2012, p. 204-205 en F. Vermeulen, 'Veegens' Cassatie in burgerlijke zaken' (boekbespreking), *TCR* 2016, afl. 2, p. 44-45).
- 7 Richtlijn 2008/48/EG inzake kredietovereenkomsten voor consumenten. Doel van die richtlijn is consumenten te beschermen tegen overcreditering en hen te informeren over de verplichtingen die zij aangaan teneinde hen een weloverwogen beslissing te laten nemen (vgl. HR 12 februari 2016, ECLI:NL:HR:2016:236 (*Lindorff/Nazier*), r.o. 3.4.1).
- 8 Richtlijn 87/102/EEG betreffende de harmonisatie van de nationale wetgeving inzake het consumentenkrediet.
- 9 Dat besliste het HvJ in zijn arresten van 4 oktober 2007, ECLI:EU:C:2007:575, C-429/05 *NJ* 2008/37 (*Rampion*), par. 64, 65 en 69 en 16 november 2010, C-76/10 (*Pohotovost*), par. 74-76.
- 10 HvJ EU 18 december 2014, ECLI:EU:C:2014:2464, C-449/13, *NJ* 2015/262, m.nt. M.R. Mok (*CA Consumer Finance/Bakkaus*), par. 44.
- 11 HR 12 februari 2016, ECLI:NL:HR:2016:236 (*Lindorff/Nazier*), r.o. 3.8.1.

- 12 HvJ EU 17 december 2009, ECLI:EU:C:2009:792, C-227/08, *NJ* 2010/225, m.nt. M.R. Mok (*Martin Martin*).
- 13 Richtlijn 1999/44/EG van het Europees Parlement en de Raad van 25 mei 1999 betreffende bepaalde aspecten van de verkoop van en garanties voor consumptiegoederen.
- 14 HvJ EU 13 oktober 2013, ECLI:EU:C:2013:637, C-32/12, *AA* 2015, p. 222-226 (AA20150222), m.nt. A.S. Hartkamp (*Duarte Hueros / Autociba*).
- 15 HvJ EU 4 juni 2015, ECLI:EU:C:2015:357, C-497/13, *AA* 2015, p. 816-820 (AA20150816), m.nt. A.S. Hartkamp (*Faber / Hazet*).
- 16 Vgl. M.B.M. Loos, 'Ambtshalve toetsing van algemene voorwaarden', *TOP* 2014, p. 23-31, die wijst op toepassing bij verschillende richtlijnen.
- 17 Zie Krans 2010, par. 5.5., i.h.b. sub C en D.
- 18 Richtlijn 86/653/EEG van de Raad van 18 december 1986 inzake de coördinatie van de wetgevingen van de lidstaten inzake handelsagenten (*PbEG* 1986, L 382/17).
- 19 Vergelijk J.W. Rutgers, 'Ambtshalve toepassing van Europees recht in het civiele geding', in: R.J.C. Flach e.a. (red.), *Amice* (Rutgers-bundel), Deventer: Kluwer 2005, p. 303 en Krans 2010, par. 5.5, sub C.
- 20 Richtlijn 2011/7/EU van het Europees Parlement en de Raad van 16 februari 2011 betreffende bestrijding van betalingsachterstanden bij handelstransacties (*PbEU* 2011, L 48/1).
- 21 Vergelijk V. van den Brink & J.J. Roos, 'Artikel 6:119a BW en de (ambtshalve) taak van de rechter', in: M.H. Wissink & T.H.M. van Wechem (red.), *Betalingsachterstanden bij handelstransacties*, Den Haag: BJu 2006, p. 81-97.
- 22 Art. 7 Richtlijn betalingsachterstanden bij handelstransacties.
- 23 R.H.C. Jongeneel, 'Algemene vernietigingsgronden: de open norm', in: B. Wessels, e.a. (red.), *Algemene voorwaarden*, Deventer: Kluwer 2010, nr. 7.2, p. 132-133 (in verband met art. 3 van de voormalige Richtlijn betalingsachterstanden (*PbEG* 2000, L 200/35)).
- 24 A.S. Hartkamp, 'De verplichting tot ambtshalve toepassing van Europees recht door de Nederlandse rechter', *Trema* 2010, p. 136-143. Hartkamp wijst in dat verband ook op HvJ EG 10 februari 1988, ECLI:NL:XX:1988:AC1290, C-324/86, *NJ* 1990/423, par. 14.
- 25 M.B.M. Loos, 2014, p. 25.



Foto: Manon Heinsman | © Ars Aequi

### 3 Alleen EU-consumentenrecht?

Europese rechtspraak heeft de reikwijdte van deze op nationale rechters rustende verplichting tot ambtshalve toepassing geleidelijk 'uitgerold'. Dat rechtvaardigt de vraag waarom deze kwestie alleen aan de orde is bij *consumentenrecht* van Europese oorsprong.<sup>17</sup> Zou het niet evenzeer kunnen gaan om ander Unierecht dat gericht is op bescherming van een zwakkere partij? Het zou bijvoorbeeld ook kunnen gaan om de Richtlijn handelsagenten.<sup>18</sup> De gedachte dat een van de partijen (de handelsagent) bescherming verdient, geldt daar ook.<sup>19</sup>

### Waarom is deze kwestie alleen aan de orde bij consumentenrecht van Europese oorsprong? Zou het niet evenzeer kunnen gaan om ander Unierecht dat gericht is op bescherming van een zwakkere partij?

De vraag of regelgeving ambtshalve moet worden toegepast is ook gesteld ten aanzien van de wettelijke rente als bedoeld in de Richtlijn betalingsachterstanden bij handelstransacties.<sup>20</sup> Moet de nationale rechter uit eigen beweging bepalen of een

eiser die wettelijke rente vordert zonder te specificeren of het om de klassieke wettelijke rente gaat of de handelsrente, uit eigen beweging aanvoeren welk type rente is bedoeld?<sup>21</sup> Alleen al wat betreft de hoogte verschillen beide soorten wettelijke rente. Volgens de Richtlijn betalingsachterstanden bij handelstransacties moeten lidstaten ervoor zorgen dat onder meer bedingen die met betrekking tot een termijn voor betaling of invorderingskosten een kennelijke onbillijkheid inhouden, niet afdwingbaar zijn of recht op schadevergoeding geven.<sup>22</sup> Jongeneel heeft erop gewezen dat de rechter dit ambtshalve moet toetsen.<sup>23</sup>

Ambtshalve toepassing is ook in verband gebracht met andere rechtsgebieden. Hartkamp heeft in 2010 opgemerkt dat het goed is erop verdacht te zijn dat bedoelde Europese rechtspraak ook relevant is voor andere richtlijnbevestigingen met een beschermende strekking, ook indien zij niet op consumenten betrekking hebben, maar bijvoorbeeld op werknemers.<sup>24</sup> Ook algemene voorwaarden in energiecontracten zijn al aan ambtshalve toepassing gerelateerd.<sup>25</sup>

De gedachte dat de nationale rechter alleen bij Unierecht dat specifiek consumenten betreft ambtshalve verplichtingen heeft, lijkt niet houdbaar. De kans is groot dat de reikwijdte van deze Europese rechtspraak zich ook zal uitstrekken tot andere terreinen waar een van partijen wordt beschermd.



#### 4 Alleen EU-consumentenrecht?

In het recente arrest *Lindorff/Nazier* draait het om ongeldige telefoonabonnements en de afwikkeling daarvan.<sup>26</sup> De Hoge Raad bespreekt het ambtshalve toepassen van artikel 7:61 BW inzake kredietovereenkomsten en overweegt dat de rechter zo nodig ambtshalve de kredietovereenkomst kan vernietigen.<sup>27</sup> De Hoge Raad beslist dat de nationale rechter in deze zaak ook ambtshalve moet onderzoeken of voldaan is aan artikel 7A:1576 lid 2 BW (omtrent koop op afbetaling) en zo nodig ambtshalve moet oordelen dat de koop op afbetaling geen rechtsgevolg heeft.<sup>28</sup> Zoals Van Boom in dit tijdschrift heeft opgemerkt 'komen' de regels voor kredietovereenkomsten 'uit' Europa, maar hebben de Nederlandse regels omtrent koop op afbetaling louter nationale wortels.<sup>29</sup> De Hoge Raad overweegt dat er 'geen relevant verschil' bestaat met hetgeen de rechter krachtens de rechtspraak van het HvJ moet doen indien sprake is van een kredietovereenkomst.<sup>30</sup> Het komt volgens de Hoge Raad de hanteerbaarheid van deze regels ten goede als eenzelfde benaderingswijze wordt gevolgd.<sup>31</sup>

Dat is een begrijpelijke gedachte. Veel privaatrechtelijk consumentenrecht 'komt uit' Europa. Een flink aantal regels in het Burgerlijk Wetboek ter bescherming van consumenten strekt ter implementatie van Unierechtelijke voorschriften. De ambtshalve toepassing daarvan kan vanzelfsprekend consequenties hebben voor de rechtspositie van de desbetreffende consument. Het Nederlands privaatrecht bevat echter ook consumentenrechtelijke regels zonder Europese dimensie. Indien de kwestie beperkt blijft tot regels die op Unierecht zijn gebaseerd, is het voor de rechtspositie van een consument relevant wat de achtergrond van een regel is. Dat lijkt vreemd. Zo kan bijvoorbeeld een regel over particuliere borgtocht van groot belang zijn voor de rechtspositie van een consument. Waarom zouden nationale regels niet ambtshalve worden toegepast en regels van Europese oorsprong wel?<sup>32</sup> Gegeven de verplichting tot ambtshalve toepassing die het Unierecht nu eenmaal op nationale rechters legt, ligt het zowel vanuit een oogpunt van hanteerbaarheid als vanuit de optiek van gelijke rechtsbescherming voor de hand deze lijn 'door te trekken' naar bepaalde delen van puur nationaal consumentenrecht. *Lindorff/Nazier* leidt naar ons idee echter niet tot de conclusie dat de Hoge Raad van oordeel is dat al het civiel consumentenrecht dat van zuiver Nederlandse origine is ambtshalve moet worden toegepast. De Hoge

Raad namelijk dat bij een telefoonabonnement inclusief toestel beide regelingen (koop op afbetaling en consumentenkrediet) vrijwel steeds naast elkaar van toepassing zullen zijn.

#### 5 Twee praktische kwesties

De uit Europa afkomstige ontwikkelingen op het vlak van de ambtshalve toepassing geven in de praktijk aanleiding tot diverse min of meer praktische vragen. Wij bespreken er in deze bijdrage twee. De civiele rechter kan niet zelf feiten vergaren (§ 5.1) en hij heeft geen houvast aan de consument als deze niet in rechte verschijnt (§ 5.2).

### De civiele rechter wordt in het kader van de ambtshalve toepassing van consumentenbeschermende regels geconfronteerd met diverse vragen voordat vaststaat dat hij moet overgaan tot ambtshalve toetsing aan consumentenbeschermende bepalingen

#### 5.1 De onderzoeksplicht van de civiele rechter

Uit de jurisprudentie van het HvJ volgt dat de civiele rechter in het kader van de ambtshalve toepassing van consumentenbeschermende regels wordt geconfronteerd met diverse vragen voordat vaststaat dat hij moet overgaan tot ambtshalve toetsing aan consumentenbeschermende bepalingen.<sup>33</sup>

De nationale rechter dient in de eerste plaats vast te stellen of het om een geschil gaat tussen een consument en een professioneel optredende partij. Het HvJ verplicht de rechter immers pas tot ambtshalve ingrijpen als de zaak valt onder de reikwijdte van een consumentenbeschermende EU-richtlijn. In die zaken bestaat de vrees dat de consument verstoken blijft van de hem toekomende bescherming. Consumenten zijn in de regel immers niet goed bekend met de hun toekomende rechten of ondervinden moeilijkheden bij het uitoefenen van die rechten, bijvoorbeeld omdat het inschakelen van een procesvertegenwoordiger te duur is.<sup>34</sup>

Meestal zal wel duidelijk zijn dat een B2C-kwestie betreft.<sup>35</sup> Soms niet. Om dan vast te stellen of de zaak wel echt een B2C-kwestie is, kan de rechter gehouden zijn onderzoek te

<sup>26</sup> HR 12 februari 2016, ECLI:NL:HR:2016:236, AA 2016, p. 363-370 (AA20160363), m.nt. W.H. van Boom.

<sup>27</sup> HR 12 februari 2016, ECLI:NL:HR:2016:236, AA 2016, p. 363-370 (AA20160363), m.nt. W.H. van Boom, r.o. 3.9.

<sup>28</sup> HR 12 februari 2016, ECLI:NL:HR:2016:236, AA 2016, p. 363-370 (AA20160363), m.nt. W.H. van Boom, r.o. 3.11.1, *in fine*.

<sup>29</sup> Van Boom, AA 2016, p. 365 (AA20160363).

<sup>30</sup> HR 12 februari 2016, ECLI:NL:HR:2016:236, AA 2016, p. 363-370 (AA20160363), m.nt. W.H. van Boom, r.o. 3.11.2.

<sup>31</sup> HR 12 februari 2016, ECLI:NL:HR:2016:236, AA 2016, p. 363-370 (AA20160363), m.nt. W.H. van Boom, r.o. 3.11.2, slotzin.

<sup>32</sup> In 2006 wees Loos ook al op de invloed van Europese regelgeving op de coherentie van het nationale recht en op spontane harmonisatie (M.B.M. Loos, *Spontane harmonisatie in het contracten- en consumentenrecht*, Den Haag: BJu 2006, o.m. par. 2 en par. 10; zie over deze kwestie ook Krans 2010, par. 5.5 sub E).

<sup>33</sup> Zie over de voorvragen Krans in zijn noot onder HR 13 september 2013, ECLI:NL:HR:2013:691, NJ 2014/274 (Heesakkers/Voets).

<sup>34</sup> Vgl. bijvoorbeeld: HvJ EU 21 februari 2013, ECLI: EU:C:2013:88, C-472/11, NJ 2013/326, m.nt. M.R. Mok (Bani), par. 19-23.

<sup>35</sup> Vgl. *Rapport Ambtshalve toepassing II*, p. 12.

verrichten. Het kan nodig zijn dat de rechter actief zijn instructiebevoegdheden inzet om te achterhalen of er een consument bij betrokken is:

[D]e nationale rechter [is] verplicht (...) om ambtshalve maatregelen van instructie te nemen teneinde te kunnen vaststellen of een in een overeenkomst tussen een verkoper en een consument opgenomen exclusief territoriaal forumkeuzebeding dat het voorwerp vormt van het aan hem voorgelegde geding, binnen de werkingssfeer van de richtlijn valt, en zo ja, ambtshalve te toetsen of een dergelijk beding eventueel oneerlijk is.<sup>36</sup>

Deze zaak *Pénzügyi* betreft de Richtlijn oneerlijke bedingen. Het ligt voor de hand dat deze onderzoeksplicht ook geldt voor andere consumentenbeschermende richtlijnen.<sup>37</sup> De Nederlandse zaak *Faber/Hazet* wijst ook in die richting. In die zaak trok het HvJ de onderzoeksplicht door naar consumentenkoopzaken. Het HvJ geeft meteen al een aanpak in overweging: via artikel 22 Rv zou de Nederlandse rechter partijen kunnen verleiden tot het verdere ophelderen van hun rechtsverhouding, opdat de rechter deze kan kwalificeren.<sup>38</sup>

Indien de rechter heeft vastgesteld dat de zaak valt onder de reikwijdte van een consumentenbeschermende EU-richtlijn, is de volgende vraag of die constatering in deze kwestie relevant is. Vaak zal de rechter al over de schutting van de kwalificatievraag heen kijken, zodat hij niet onnodig veel tijd hoeft te steken in het kwalificeren van de rechtsverhouding terwijl die constatering vervolgens niet tot nadere actie zal leiden. Immers, het aanwenden van instructiebevoegdheden ter bepaling of er sprake is van een B2C-geschil heeft weinig zin als er zich uiteindelijk geen consumentenbeschermende bepaling voor toepassing leent. Als de toepasselijkheid van de consumentenbeschermende bepaling wel een *game changer* kan zijn, is het wenselijk dat de rechter zijn onderzoeksbevoegdheden aanwendt.<sup>39</sup>

Als de rechter vermoedt dat het een B2C-kwestie is waarin toepassing van consumentenbeschermende bepalingen gewenst is, zal hij vooraleerst in het dossier te rade gaan. De rechter dient immers volgens de rechtspraak van het HvJ toepassing te geven aan consumentenbeschermende regels op het moment dat hij over de daartoe noodzakelijke gegevens, feitelijk en rechtens, beschikt.<sup>40</sup> Treft hij in dat dossier reeds de voor toepassing van die bepalingen benodigde gegevens, dan kan hij daaraan toepassing geven, maar uiteraard slechts nadat partijen zich daarover hebben kunnen uitlaten.

Alleen een dossieronderzoek is niet voldoende. Bevat het dossier niet de voor toepassing van de consumentenbeschermende bepaling

benodigde informatie, maar leidt het dossieronderzoek wel tot het vermoeden dat de consument dreigt te worden gedupeerd als consumentenbeschermende bepalingen buiten toepassing blijven, dan eindigt de taak van de rechter niet. De Hoge Raad heeft in de zaak *Heesakkers/Voets* namelijk geoordeeld dat de rechter zich niet kan beperken tot het bestuderen van het dossier, maar ook een onderzoeksplicht heeft als het dossier hem daartoe aanleiding geeft.<sup>41</sup> De nationale rechter kan vervolgens gehouden zijn zelf actief bij te dragen aan de feitenvergaring die nodig is voor de toepassing van consumentenbeschermende bepalingen. Partijen dienen in het kader van dat onderzoek steeds in de gelegenheid te worden gesteld om zich uit te laten over de toepasselijkheid van de consumentenbeschermende bepalingen.<sup>42</sup>

Als de rechter voldoende feiten tot zijn beschikking heeft om toepassing te geven aan de consumentenbeschermende bepaling kan hij dat doen. Heeft hij deze nog niet, dan kan hij zijn instructiebevoegdheden aanwenden om te proberen aan de benodigde feitelijke informatie te komen. Bewijsverrichtingen en comparaties zouden de gewenste feiten kunnen opleveren.<sup>43</sup> Dat onderzoek kan bijvoorbeeld bestaan uit het gelasten van een comparitie waar de rechter partijen vragen stelt. In dat kader kan ook artikel 21 Rv een rol spelen. Als de professionele partij nalaat om de gevraagde informatie te verschaffen, dan zou de rechter daaruit de gevolgtrekking kunnen maken die hij geraden acht. Dat kan er bijvoorbeeld in bestaan dat de rechter voorshands aanneemt dat consumentenbeschermende bepalingen van toepassing zijn op het geschil.

## 5.2 Verstekzaken

In verstekzaken wijst de rechter de vordering toe, tenzij deze hem onrechtmatig of ongegrond voorkomt (art. 139 Rv). De Hoge Raad heeft in *Heesakkers/Voets* geoordeeld dat de plicht tot ambtshalve toepassing van consumentenbeschermende bepalingen evenzeer in verstekzaken geldt.<sup>44</sup> Indien de lijn van deze beslissing wordt gevolgd moet de rechter ook in verstekzaken dus instructiemaatregelen nemen om de voor de toepassing van consumentenbeschermende bepalingen benodigde gegevens boven tafel te krijgen. Ook dan dienen partijen in de gelegenheid te worden gesteld om zich uit te laten over de toepasselijkheid van consumentenbeschermende bepalingen. Het ligt voor de hand dat er dan wel voorshands van uit mag worden gegaan dat de consument prijs stelt op toepassing van die bepalingen.

36 HvJ EU 9 november 2010, ECLI:EU:C:2010:659, C-137/08, *NJ* 2011/41, m.nt. M.R. Mok (*Pénzügyi*), par. 56.

37 Vgl. par. 2, *in fine*.

38 HvJ EU 4 juni 2015, ECLI:EU:C:2015:357, C-497/13, *NJ* 2016/148 (*Faber/Hazet*), par. 38 e.v. Over dit arrest: Ancery & Pavillon, *MvV* 2015, p. 243-254.

39 Zo ook het rapport *Ambtshalve toetsing II*, p. 12-13.

40 HvJ EG 4 juni 2009, ECLI:EU:C:2009:350, C-243/08, *NJ* 2009/395, m.nt. M.R. Mok (*Pannon*), par. 32.

41 HR 13 september 2013, ECLI:NL:HR:2013:691, *NJ* 2014/274, m.nt. H.B. Krans (*Heesakkers/Voets*), r.o. 3.5.3.

42 Vgl. HvJ EG 4 juni 2009, ECLI:EU:C:2009:350, C-243/08, *NJ* 2009/395, m.nt. M.R. Mok (*Pannon*), par. 33.

43 Vgl. de conclusie van A-G Wissink, 21 december 2012, ECLI:NL:PHR:2012:BY7854, sub 3.13.1 e.v.

44 HR 13 september 2013, ECLI:NL:HR:2013:691, *NJ* 2014/274, m.nt. H.B. Krans (*Heesakkers/Voets*), r.o. 3.9.2.

In verstekzaken zal de rechter de mogelijkheid hebben om de vraag naar de toepasselijkheid van consumentenbeschermende bepalingen grotendeels tot het 'probleem' van de professionele partij c.q. eiser te maken. Dat kan hij doen via de waarheidsplicht van artikel 21 Rv. Op basis van die bepaling dienen partijen naar waarheid het volledige feitencomplex dat de rechter nodig heeft voor het beoordelen van de vordering aan te voeren. Bovendien kan de rechter in iedere stand van de procedure partijen bevelen om stellingen toe te lichten en bescheiden te overleggen, zo bepaalt artikel 22 Rv. Als de waarheidsplicht wordt geschonden kan de rechter daaruit, zoals reeds gezegd, de gevolgtrekking maken die hij geraden acht. Met deze bepalingen in de hand kan de rechter, bij twijfel over de toepasselijkheid van consumentenbeschermende bepalingen, de professionele partij verplichten om haar stellingen (zoals dat zij recht heeft op betaling en aan alle voorwaarden voor toewijzing van de eis voldoet) toe te lichten en bescheiden te overleggen. Doet zij zulks niet, dan zou de rechter kunnen overgaan tot afwijzing van de vordering.<sup>45</sup> Die benadering verdraagt zich met het consumentenbeschermende karakter van de plicht tot ambtshalve toetsing en wordt overigens ook in overweging gegeven door het HvJ.<sup>46</sup>

Of in de praktijk in verstekzaken veel ambtshalve wordt getoetst, is overigens een andere vraag. Volgens het rapport *Ambtshalve toetsing II* hanteren veel kantonrechters in verstekzaken de lijn: ongeregelde zaken niet actief opsporen, maar wel potentiële 'verdachte' situaties signaleren. Ontstaat bij de 'reguliere controle' het beeld dat er waarschijnlijk een consumentenbeschermende bepaling van toepassing is, dan dient de hiervoor vermelde benadering te worden gevolgd. Ontstaat dat beeld niet, dan wordt de kwestie als reguliere incassozaak afgedaan.<sup>47</sup>

## 6 Conclusie

De ambtshalve toepassing van consumentenrecht wint steeds meer terrein. Waar het HvJ begon met een bevoegdheid tot ambtshalve toetsing van een potentieel oneerlijk beding, raakt de rechtspraak van het HvJ inmiddels al een aantal consumentenbeschermende EU-richtlijnen. Het is naar ons idee slechts een kwestie van tijd voordat deze rechtspraak zich zal uitstrekken tot meer, zo niet alle, consumentenbeschermende richtlijnen. De vol-

gende vragen zijn of deze plicht zich slechts uitstrekt tot consumenten of dat ook andere zwakkere partijen in de verhouding tot hun sterkere wederpartij van dit type bescherming dienen te profiteren en of de rechter ook nationale beschermingsbepalingen ambtshalve buiten de grenzen van de rechtsstrijd dient toe te passen.

Het praktische belang van het onderwerp is groot. Vooral de Richtlijn oneerlijke bedingen komt regelmatig aan de orde in de feitenrechtspraak. Vaak treft de rechter oneerlijke bedingen in algemene voorwaarden, die in een B2C-verhouding dan ambtshalve moeten worden getoetst. De discussie raakt bijvoorbeeld ook de effectenleasezaken. Bij effectenleaseovereenkomsten wordt in de bijzondere voorwaarden bedongen dat bij het vroegtijdig eindigen van de overeenkomst de effecteninstelling aanspraak kan maken op de resterende termijnen. Momenteel ligt bij de Hoge Raad de vraag voor of een dergelijke algemene voorwaarde oneerlijk is en of het bij die beoordeling nog uitmaakt dat het aangaan van de overeenkomst voor de consument een onaantvaardbaar zware financiële last vormde.<sup>48</sup>

## Met het toenemende belang van het leerstuk van de ambtshalve toetsing aan consumentenbeschermende bepalingen zal de taak van de rechter die in feitelijke instantie oordeelt er niet eenvoudiger op worden

Met het toenemende belang van het leerstuk van de ambtshalve toetsing aan consumentenbeschermende bepalingen zal de taak van de rechter die in feitelijke instantie oordeelt er niet eenvoudiger op worden. De rechtspraak van het HvJ trekt in de praktijk een zware wissel op de kantonrechters. Een oplossing voor die werklasterproblemen kan mogelijk gevonden worden in het strikter hanteren van het stelsel van artikel 21-22 Rv.

Intussen blijft het HvJ de materie serieus benaderen. Uit een recent arrest van het HvJ volgt dat de consequentie van het achterwege laten van een ambtshalve toetsing uiteindelijk staatsaansprakelijkheid wegens schending van EU-recht kan zijn.<sup>49</sup>

45 Vgl. C.J.-A. Seinen & A.G.F. Ancery, 'Vorderingen in B2C-verstrekken: toetsen of toewijzen?', *TCR* 2015, afl. 3, p. 83 e.v.

46 Vgl. HvJ EU 4 juni 2015, ECLI:EU:C:2015:357, C-497/13, *NJ* 2016/148 (*Faber / Hazet*), par. 38 e.v.

47 Rapport *Ambtshalve toetsing II*, p. 43-44.

48 Zaaknummer 16/04081. Zie: *www.hogeraad.nl/prejudiciële-vraag/16/04081* (laatstelijk geraadpleegd op 11 oktober 2016). Het verwijzingsarrest komt van het Hof Amsterdam 9 augustus 2016, ECLI:NL:GHAMS:2016:3242.

49 HvJ EU 28 juli 2016, ECLI:EU:C:2016:602, C-168/15, AA 2016, p. 658-664 (AA20160658), m.nt. A.S. Hartkamp (*Pohotovost II*).